

Da tutela antecipada e sua efetivação

Autor: Athos Gusmão Carneiro

Ministro aposentado do STJ. Presidente do Conselho do
Instituto Brasileiro de Direito Processual

publicado em 30.06.2009

1 Das técnicas de efetivação das medidas antecipadas

O texto normativo está no art. 273, § 3º, *verbis*: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Aqui cabem, desde logo, ponderações relevantes:

a) o acima referido art. 588 do CPC (execução provisória) foi **revogado** pela Lei 11.232/2005, segundo a qual a antiga “ação de execução” de título sentencial passou (salvante exceções) a constituir uma “fase” do próprio processo de conhecimento (processo agora sincrético), cuja sentença adquiriu, pela nova sistemática, predominante eficácia executiva e mandamental (o juiz não apenas “condena”, ele “ordena”); assim, **a referência ao art. 588 deve atualmente ser lida como remissão ao vigente art. 475-O**, atual sede da execução provisória;

b) propositalmente foi adotada para os procedimentos antecipados a substituição da expressão “execução”, usualmente vinculada ao cumprimento forçado das obrigações de pagar (art. 475-I), pela expressão “efetivação” (*attuazione*, conforme a reforma do CPC italiano pela Lei 353/90), a qual compreenderá também as formas de cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou de entregar coisa, conforme dispõem os artigos

461 e 461-A; ou seja, o cumprimento imediato mediante tutela específica, com a cominação de multas por tempo de atraso ou sob a adoção das providências coercitivas previstas no art. 461, § 4º, ou, ainda, pela expedição de mandado de entrega da coisa, *ut* art. 461-A, § 2º;

c) os atos executórios que se antecipam provisoriamente, consoante o art. 273, não se constituem em uma “execução” no sentido tradicional técnico de um processo autônomo, mas sim implicam **imediata realização prática dos futuros efeitos da (provável) sentença de procedência**, alcançável geralmente mediante o pronto cumprimento de ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a urgente necessidade de prevenção do dano; ou seja, “são propriamente os efeitos práticos antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Alcance e Natureza da Tutela Antecipada, em **Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**, Forense, 1997).

d) as expressões “**no que couber**” e “**de acordo com sua natureza**” condicionam e limitam a aplicação das normas da execução provisória. Aplicam-se, portanto, em princípio, as normas de execução provisória das obrigações de pagar e as normas de execução imediata das obrigações de fazer e de não fazer, e de entregar coisa, mas sempre cuidando em não contrariar a natureza e o propósito dos provimentos deferidos em decisões antecipatórias; ou seja, tais decisões devem causar repercussão imediata no plano dos fatos, sob pena de frustração do objetivo de tutela urgente e eficaz dos interesses da parte autora;

e) na tutela antecipada, a imprescindível sumariedade exclui o uso de “impugnação” formal (art. 475-L), cabendo ao réu exercer seu direito ao contraditório

mediante:

- 1) a interposição, no decêndio, de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da antecipação;
- 2) relativamente aos atos de efetivação, ser-lhe-á lícito, ao longo do procedimento, contraditá-los por meio de **petição simples**, em que poderá sustentar a ocorrência de incorreção procedimental ou que estariam sendo ultrapassados os limites da decisão.

2 A efetivação das medidas antecipadas subordina-se à prévia prestação de caução?

A esse respeito, vale destacar que a Lei nº 10.444, de 2002, veio a reforçar a eficácia da execução provisória, ou seja, deu-lhe o caráter de “verdadeira” execução, nos moldes de notáveis precedentes em direito comparado e conforme preconizado, já em 1997, por Ada Pellegrini Grinover (*RePro* 86/194). Assim, passou a permitir que em execução provisória sejam, inclusive, praticados atos de alienação de domínio, dès que sob a garantia de prévia **caução idônea**, requerida e prestada nos próprios autos da execução.

Atualmente, por força da Lei 11.232/2005, a execução provisória de título judicial é regrada pelo art. 475-O, cujo inciso III dispõe que:

“(…)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Todavia, a prestação de caução “poderá” ser dispensada

nos seguintes casos:

"(...)

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação."

Sérgio Arenhart mui razoavelmente admite, a fim de evitar o perecimento de direitos da mais elevada valia jurídica – como o direito à vida, à saúde, à honra –, a excepcional dispensa da caução mesmo para valores superiores a sessenta salários mínimos, imaginando a hipótese de pessoa pobre, necessitada de cirurgia de urgência, de custo maior do que aquele limite (**Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**, RT, 2003, p. 329). O teto de sessenta salários mínimos representa, a bem dizer, uma presunção indicativa da situação de pobreza do interessado (que ainda deve demonstrar a situação de necessidade, nos moldes exigidos para a assistência judiciária); assim, o simples fato de a prestação devida ultrapassar esse montante, sem que o interessado tenha podido prestar a correspondente caução (que representa uma providência cautelar), não deve motivar a rejeição liminar do pedido de antecipação (total ou parcial) da tutela, cumprindo ao juiz verificar se, no caso concreto, não ocorre uma acentuada **desproporção entre o patrimônio da parte que postula a antecipação de tutela e o valor da caução em tese exigível**. Não será defeso ao magistrado, usando de prudência, determinar a prestação de caução somente para o valor pretendido que

exceda os sessenta salários mínimos, ou mesmo deixar de impô-la caso o demandante não reúna condições para prestar caução nenhuma e ser grave e premente a situação de perigo que o aflige (Eduardo Fonseca Costa, **RePro**, 115-67-68).

Exigir sempre a caução como pressuposto para o deferimento da tutela antecipada equivalerá a, nos casos de maior vulto financeiro, inviabilizar a sua concessão para o hipossuficiente. Cumpre reconhecer ao juiz a liberdade de avaliar a situação de fato, “para somente depois de sopesados prós e contras decidir-se pela necessidade e adequação da cautela” (Gilberto Gomes Bruschi, **Dialética**, 8/52-53); para dispensar a caução, deve portanto o juiz demonstrar, mediante “argumentos racionais, que a necessidade do autor justifica o risco de lesão ao réu” (Marinoni, **Antecipação de Tutela**, RT, 9. ed., 2006, 4.10.14, p. 240).(1)

3 A intrínseca executividade do provimento antecipatório de tutela

Constitui matéria eminentemente controvertida a da natureza do provimento judicial antecipatório, se deve ser considerado, ou não, como título executivo. Pela afirmação posiciona-se, *v.g.*, Ovídio Baptista da Silva (**Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**, cit., p. 262), bem como Teori Zavascki, para quem a decisão que antecipa efeitos executivos da tutela constitui título executivo judicial, uma vez que não se apresenta como exaustivo o rol dos títulos previstos no art. 475-N do CPC (**Antecipação da Tutela**, Saraiva, 6. ed., 2008, p. 101).

Mas a natureza de tais decisões como título executivo é posta em dúvida por outros processualistas, inclusive com a advertência de que a mais moderna doutrina italiana nega tal caráter aos “*provvedimenti d’urgenza*” (Luiz

Guilherme Marinoni, **Antecipação de Tutela**, RT, 9. ed., 4.14.2, p. 261-262) e por Sérgio Arenhart (**Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**, RT, 2003, p. 323). Aliás, segundo Marinoni, realmente importa é “que o direito objeto da antecipação deve ser realizado através de meios executivos adequados à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido” (ob. cit., p. 262).

A nosso ver, a decisão concessiva de antecipação de tutela – com a determinação de que o réu deposite ou pague *incontinenti* determinada quantia, ou observe determinada conduta, ou entregue determinada coisa –, tal provimento possui **natureza executiva**, porquanto implica e impõe o ingresso em etapa processual na qual a atividade judicial desloca-se do puro plano da cognição para a intervenção e a modificação no plano dos fatos.

A efetivação obedecerá, ponderadas as vicissitudes de cada caso concreto, procedimento o mais sumário, sem prejuízo, como já expusemos, da possibilidade de o réu agravar da decisão concessiva da tutela ou de opor-se a atos executórios mediante petição simples. Escreveu Sérgio Sahione Fadel (e isso anteriormente às alterações trazidas ao processo de execução pela Lei 11.232/2005) que “o réu não é citado para cumprir a decisão nem para opor embargos. Recebe a ordem de cumprimento, ou é intimado a tanto, por mandado, só podendo, em caso de dúvida ou de impossibilidade material de cumpri-la (isso sem prejuízo da interposição dos recursos eventualmente cabíveis), arguir essa impossibilidade nos próprios autos da ação, cabendo ao juiz decidir acerca das ponderações do réu” (**Antecipação de Tutela no Processo Civil**, Dialética, 1988, p. 69).

No escólio de Humberto Theodoro Júnior, considerado o caráter de urgência da medida antecipatória, “sua execução sempre sumária e imediata, não havendo lugar para embargos de devedor. Qualquer impugnação deverá

ser feita por simples pedido de reconsideração", ou por via do agravo (revista *Jurídica*, 425/16).(2)

Sob esta orientação, desde muito sustenta Ovídio Baptista da Silva ser óbvio que o art. 273 foi concebido para que o juiz efetivamente antecipe os efeitos da tutela, não para que simplesmente prometa que essa tutela haveria de concretizar-se em subsequente demanda executiva; tal significa, em seu lúcido magistério, que com as antecipações de tutela resultou introduzido "em nosso direito um instrumento análogo às *injunctio* da *common Law*, por meio das quais "interdita-se" a tutela processual, transformando a condenação em sentença mandamental" (estudo na revista **Consulex**, nº 43, p. 44, julho de 2000). Diga-se que a atribuição de **eficácia mandamental** à sentença de condenação veio a ser instituída em nosso direito processual civil em decorrência do sistema da Lei 11.232/2005 (**condenar** é, agora, **ordenar**).

Cumpra outrossim sublinhar, tendo em vista as expressões "**no que couber**" e "**conforme sua natureza**" (art. 273, § 3º), que as regras dos arts. 475-O, 461 e 461-A aplicam-se principalmente como "parâmetro operativo".

4 Da antecipação em obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa

Em se tratando de obrigação de **fazer ou de não fazer**, imposta em antecipação de tutela, é facultado ao juiz, de ofício ou a pedido da parte, a utilização dos meios coercitivos previstos nos §§ 4º e 5º do art. 273: imposição de multas por tempo de atraso, buscas e apreensões, remoções de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades nocivas e atividades outras, se necessário mediante o auxílio de força pública. Não será descabida, em determinadas hipóteses, em

sendo **fungível a obrigação**, a permissão judicial para que o próprio autor, ou um terceiro às custas do autor, preste o fato devido, sob o parâmetro operacional do art. 634 do CPC (se premente a urgência, é admissível a dispensa de propostas).

A “ameaça” de alguém fazer aquilo que se obrigara a não fazer poderá ser afastada pela via mandamental, ordenando o juiz, em AT, providências que impeçam a atividade do demandado (p. ex., o comerciante que se obrigara a não vender determinado produto e, apesar disso, passa a anunciá-lo pode ter a ilícita atividade impedida por ordem do juiz ao fornecedor da mercadoria). Nos casos de ordem de abstenção, de um **não fazer**, o descumprimento da ordem pode, conforme as circunstâncias da lide, transformar a obrigação de “não fazer” em obrigação de “fazer”, pois será preciso “desfazer” aquilo que haja sido indevidamente feito. Assim, se era defeso construir muro divisório de alvenaria, o descumprimento da obrigação conduzirá aos atos de demolição da obra. Pelo Código Civil de 2002, nas obrigações negativas “o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (art. 330).

A efetivação de AT que conduza à **entrega de coisa** é em geral simples: mandará o juiz expedir mandado de busca e apreensão da coisa móvel e sua entrega ao requerente (a título provisório); ou, em se cuidando de bem imóvel, mandado de imissão do requerente (provisoriamente) em sua posse, para o que poderá o meirinho, se necessário, socorrer-se da força policial (art. 461-A).

A conversão da obrigação de conduta ou da obrigação de entrega de coisa, resultante de AT, em **pagamento de perdas e danos** somente ocorrerá se assim o requerer o autor ou se as circunstâncias do caso concreto revelarem a impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do

resultado prático equivalente (art. 461, § 1º); nesse caso, a imediata definição do *quantum debeatur* far-se-á sob o parâmetro operacional do art. 475-A, § 3º, ou seja, com a **fixação de plano pelo juiz**, a seu prudente arbítrio, da quantia (provisoriamente) devida.

Não será demasia lembrar, com Leonardo Greco, que qualquer atividade prática, no mundo dos fatos (em cumprimento de sentença ou efetivação de provimento antecipatório), é suscetível de defrontar-se com “limites intransponíveis ou que o Direito consegue transpor de modo imperfeito” (**Execução Liminar em sede de mandado de segurança**, Jurídica, 291/22). Por exemplo, caso ocorra a perda ou a destruição da coisa que deveria ser entregue, fica o devedor obrigado (salvo se a perda resultar de força maior ou fato da natureza) a uma prestação pelo equivalente em dinheiro, o que representa um sucedâneo, mas não o próprio bem a que o credor teria direito. As obrigações de não fazer, violadas, convertem-se em obrigações de ressarcimento pelas perdas e danos ou de “desfazer”, se ainda útil e possível, aquilo que indevidamente fora feito.

5 Da antecipação de tutela em obrigação de pagar

As dificuldades revelam-se bem maiores em se tratando de concessão de AT para **pagamento de quantia em dinheiro**, uma vez que, pela natureza de urgência que quase sempre caracteriza a concessão de AT, se revela inadequado o rito previsto para o cumprimento de sentença, mesmo sob o sistema instituído pela recente Lei 11.232/2005.

Poderá o autor suportar a demora decorrente da espera, pelos quinze dias previstos no art. 475-J, das providências para a penhora e avaliação de bem a ser expropriado, das impugnações que o réu poderá formular (ainda que mediante simples petições), das delongas dos sucessivos

trâmites conducentes à adjudicação, à alienação por iniciativa particular ou à hasta pública? Os atos de sub-rogação são bem mais lerdos do que as técnicas inerentes às tutelas mandamental ou executiva.

Ora, as regras do cumprimento de sentença, ao serem pensadas, não se destinaram a efetivar decisões antecipatórias; assim, para a atuação eficiente da tutela sumária, deve ser concedido ao juiz um **amplo poder** a fim de determinar os meios executórios mais adequados a cada caso (Marinoni, **Antecipação de Tutela**, RT, 9. ed., 2006, 4.14.2., p. 262). Marinoni, com invocação a Michele Taruffo (Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, **Rivista critica del diritto privato**, 1986, p. 668), inclusive aconselha a prática de atos que influam sobre a vontade do demandado, induzindo-o ao adimplemento voluntário, tais como a imposição de "multas" a serem acrescidas ao débito (**Antecipação de Tutela**, cit., 9. ed., 4.14.5.2, p. 280-283), ou de atos que permitam a imediata apropriação de dinheiro, tais como a penhora *online*, quando o devedor mantiver aplicações bancárias, ou a cobrança mediante "apropriação" de créditos de alugueres, se o demandado possuir bens em regime de locação.

Mui oportuna a observação de Rosalina Rodrigues Pereira de que, "em se tratando de uma medida que visa garantir a efetividade do exercício do direito, não se podem impor normas absolutas"; e exemplifica com a hipótese de vítima de acidente de trânsito que fica sem meios de atender suas necessidades e às de sua família, sendo então possível ao juiz adiantar-lhe parte da (provável) futura indenização mediante o arbitramento de "um salário mínimo até o julgamento final" (RF, 343/207).

Afirmemos, no azo, que o arbitramento da prévia indenização deve conformar-se com o caso concreto, sendo plausível que o adiantamento da obrigação de

indenizar venha a concretizar-se, *v.g.*, com a inclusão do nome do demandante na folha de pagamentos da empresa ou da entidade de direito público demandada. Eminente magistrado tornou efetiva decisão antecipatória de tutela, determinando que a demandante, vítima de atropelamento e com lesões gravíssimas, fosse (provisoriamente) incluída na folha de pagamento da empresa de ônibus ré, a fim de mensalmente receber a pensão então arbitrada (José Roberto dos Santos Bedaque, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutela sumárias e de urgência**, Malheiros, 3. ed., 2003, p. 343-344, nota 118).

Não teria sentido viesse o legislador a instituir uma antecipação no curso do processo de conhecimento, visando à agilização da tutela, e a submetesse às delongas da execução (Luiz Fux, **Curso de Direito Processual Civil**, Forense, 2004, n. 1.2.4.66, p. 68); assim, impõe-se a adoção de técnica diferenciada, mediante a emissão de ordem de cumprimento cumulada com meios coercitivos eficazes ao caso concreto, inclusive multas (Márcio Louzada Carpena, **RePro**, p. 115-132; Joel Dias Figueira Jr., **Comentários ao CPC**, RT, 2001, v. 4, t. 1, p. 263); a fixação de **multa** pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui “providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação” (Cassio Scarpinella Bueno, **RePro**, 113/54).

As regras típicas do processo de execução por quantia certa servem apenas **subsidiariamente** ao cumprimento das decisões provindas do poder antecipatório do juiz, o qual preferencialmente poderá valer-se de medidas tais como “averbação em folha de pagamento, retenção de receitas ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória” (Humberto Theodoro Júnior, **RePro**, 139/24; Luiz Fux, **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**, Saraiva, 1996, p. 129). Marinoni alude a que

“a necessidade do lesado receber imediatamente dinheiro não se diferencia da necessidade do recebimento de alimentos fundados em direito de família (...) o juiz pode e deve empregar – **se houver necessidade** – o expediente da multa para dar efetividade à tutela antecipatória de soma em dinheiro” (**RePro**, 127/65). Lúcio Delfino aponta como meios de coerção tendentes a obrigar o réu ao imediato pagamento de quantia concedida em AT a penhora *online* e a imposição de **restrições de direitos**, tais como a suspensão do direito de dirigir veículos automotores, a suspensão do uso de telefone celular e o apontamento negativo do nome do demandado em cadastros de inadimplentes, bem como a prisão civil caso ao débito possa ser atribuída **natureza alimentar** (**RePro**, 148/24 e ss.).

Terá, assim, sido respondida a pergunta formulada por Cassio Scarpinella Bueno, em interessantíssimo estudo:

“De que adianta conceder-se a tutela (declarando a existência de um dano e a necessidade de proteção imediata) sem que essa concessão seja acompanhada de mecanismos eficazes para sua implementação concreta, para sua transformação em realidade”? (**RePro**, 113/52).

Impende aditar que, se o montante da (provável) sentença de condenação revelar-se incerto, com a probabilidade de uma futura liquidação de sentença, então a antecipação de tutela e a fixação do *quantum debeat* seguirão, como já alvitrado, o parâmetro operacional do art. 475-A, § 3º, determinando o juiz o pagamento imediato, pelo réu, da quantia que considere como sendo a minimamente devida, em caso de procedência da demanda (Teori Zavascki, **Antecipação da Tutela**, cit., 6. ed., 2008, p. 100).

Notas

1. A caução é essencial no direito processual argentino: *“Contracautela. La medida precautoria solo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del art. 208 (...). El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso”* (CPCCN, art. 199). Como se constata, apenas o montante da caução fica a critério do magistrado.

2. É plausível admitir, e mesmo recomendável, que os atos de efetivação do provimento antecipatório sejam feitos (sempre no mesmo processo) em autos apartados. Se pessoa alheia ao processo tiver algum bem seu atingido pelos atos executórios, poderá, claro está, a eles opor-se mediante embargos de terceiro (art. 1.046).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da tutela antecipada e sua efetivação.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 30, junho. 2009. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao030/athos_carneiro.html >
Acesso em: 20 ago. 2009.